POR
DON BARTOLOME TAMARIZ,
CON
PEDRO GONZALEZ DE LA Torre, como Albacea de Doña Maria Gonçalez de la Torre, que aora lo sigue el Licenciado Iuan de Alarcon.

N. 1 EL caso deste pleyto es, que el dicho Pedro Gonçalez de la Torre, como Albacea testamentario de la dicha Doña Maria Gonçalez de la Torre su hermana, pidio se notificasse al dicho Don Bartolome Tamariz, que le pagasse vn legado de mil ducados que la dicha su hermana avia hecho para el ornato de cierta Capilla. A lo qual respondio el dicho Don Bartolome Tamariz, que no debia pagar el dicho legado, por exceder del quinto, y porque el consentimiento que auia hecho auia sido nulo, por auer intervenido fuerza, q̃ para ello le hizo la dicha su madre, y el dicho Pedro Gõçalez su tio, de que le desheredaria, como lo auia hecho en otro testamento, y por el daño grande que le resultaua de auer consentido la disposicion de la dicha su madre, por ser menor de edad, pidio restitucion contra el dicho consentimiento, y alegò otras razones en su favor, y presentò la reclamacion que hizo antes de aprobar y consentir, como aprobò y consintio el testamento de la dicha su madre a el tiempo de su otorgamiento.

5 El dicho Pedro Gonçalez replicò, que debia mandarsele

pagar el dicho legado, por auer consentido el dicho D. Bartolome Tamariz el testamento de la dicha su madre, y jurado no contrauenirle, en que fue muy beneficiado, por auerlo desheredado en otro que antes auia otorgado, por justas causas que para ello tuuo, que expressò, y aueriguô en vna informacion que hizo en la Villa de Doshermanas, el qual testamento revocò por este vltimo, y que el dicho legado y los demas que hizo la dicha doña Maria de la Torre, no excediã del quinto, por tener, como tenia mas de quarẽta mil ducados, como lo alegò el dicho Don Bartolome Tamariz en el pleyto de alimentos que tuuo con la dicha su madre, y presentò el dicho primero testamento en que lo desheredô, expressando causas, y vn testimonio de la informacion sumaria que de ellas hizo, y del dicho pleyto de alimẽtos: y auiendo hecho varias alegaciones se mãdò despachar mandamiento de execucion por la dicha cantidad, contra los bienes de la dicha Doña Maria de la Torre. Y vltimamẽte el juez desta causa la sentenciò de remate, y su Acompañado hizo lo mismo, reservandole su derecho en via ordinaria, y con fiança de estar a derecho, para que si constasse que el dicho legado excedia del quinto, bolveria la cantidad q̃ mas montasse.

3 De las dichas sentencias se apelô a esta Real Audiencia, a donde auiendose recebido a prueba con termino ordinario, se confirmaron sin reserva ninguna, revocando la del Acompañado, en quanto a la fiança de estar a derecho.

4 De la qual sentencia se à suplicado y pedido prueba, y se reserva para la difinitiva.

5 Pretende el dicho Don Bartolome Tamariz, que se reciba a prueba este pleyto en esta tercera instancia, como se hizo en la segunda en esta Real Audiencia, con termino ordinario, sin embargo de estar esta causa sentenciada de remate, por ser como este pleyto es ya ordinario, por auerse vulnerado la via executiua, o que se mande liquidar el quinto para que se ajuste si este legado excede del.

6 Y la otra parte pretende que se confirme la dicha sentencia de vista.

A

Domĩ

7 ESTE pleyto viene a parar en dos puntos principales: el primero, si la dicha Doña Maria Gonçalez de la Torre pudo grauar al dicho Don Bartolome Tamariz su hijo en su legitima, y disponer mas cantidad del quinto de sus bienes?

8 Y el segundo, si las defensas que à fecho el dicho Dō Bartolome Tamariz, se deben admitir para impedir el remate y pago que la otra parte pretende? Los quales para mayor claridad se reduciran a dos conclusiones, q̃ se ajustarà a dos Articulos.

ARTICVLO PRIMERO.

Conclusion primera.

9 LA dicha Doña Maria de la Torre no pudo grauarle la legitima a el dicho D. Bartolome Tamariz su hijo, y consiguientemēte no pudo disponer de mas del quinto de sus bienes.

10 Siendo su hijo vnico y su heredero necessario el dicho don Bartolome Tamariz, no pudo la dicha su madre gravarle su legitima como lo hizo, segun principios vulgares de derecho. l. omnimodo. l. quoniam in prioribus. C. de in offic. testamen. l. 11. tit. 4. part 6. l. 12. titu. 5. part. 6. ni disponer de mas del quinto. l. 12. titu. 6. lib. 5. Recōpil.

11 Contra lo qual no obstarà dezir que lo dicho procede regularmente, no empero quando el hijo es ingrato, de tal manera que pudiera el padre desheredarle, ex regul. 1. non debet. 22. ff de reg. iur. y que auiendolo sido el dicho Don Bartolome Tamariz con su madre, como le pudo desheredar, le pudo gravar su legitima, y disponer parte de ella.

12 Porque se responde: lo primero, que no huvo causa para desheredarle, ni tal se à probado, ni basta la informacion ad perpetuam, que su madre hizo sin su citacion.

13 Lo segundo, porque aviendo reuocado su primero testamento la dicha Doña Maria de la Torre, y no tratado en el

segun-

segundo desta pretension, antes reconciliadose con su hijo y y dexadole por su heredero, no puede deste remedio valerse otra alguna persona. l. omnimodo. C. de inoffi. testam. ibi: *Nam si nullam eorum quasi ingratorum fecerit mentionem, non licebit eius haeredibus ingratos eos nominare, & huiusmodi quaestionem introducere, & haec quidem de iis personis statuimus, quarum mentionem testa. es fecerint, & aliquam eis quantitatem in haereditate, vel legato, vel fideicommisso, licèt minorem legitima portione relinquerint*: vbi Augustinus Barbosa num 18.

14 Y lo dicho procede tanto mas, porque en este testamento no se expressa ninguna causa de desheredació, siendo assi que era necessario hazerlo, dict. l. omnimodo, & Barbos. ibi num. 17.

15 Lo tercero, porque la desheredacion â de ser absoluta, sin condicion ni calidad alguna, exprimiendo en particular las causas de todos los bienes, y no de vna cosa sola: Bié prueba esta consideracion la ley 3. tit. 7. part. 6. ibi: *E qualquier a quien desheredassen debe ser desheredado sin ninguna condició, è de toda la heredad lo debe desheredar, e non de vna cosa tan solamente, e si assi non lo fiziessen, nó valdria*.

16 Ex quibus non obstat argumentum desumptum ex l. non debet. 22. ff. de reg. iur. porque demas de que la dicha regla de Derecho non procedit in odiosis, y que no se debe aprobar la persona del hijo haziendole heredero, e improbar gravandole, argum. text. in. l. in causae de procurator. glos. in d. l. non debet. l. cum queritur, de administrat. tutor. d. l. non debet, nullatenus procedit quando el todo como todo, y la parte como parte, y lo mas y lo menos està prohibido por diferentes leyes, como en nuestro caso lo està desheredar al hijo, y gravarle su legitima en todo, y en parte.

17 El qual debe suceder en sus bienes, como su necessario heredero, puesto que la dicha su madre no quiso desheredarle, la qual admitiendole como a tal, bien sabia y debia saber q̃ no le podia grauar, ni disponer mas q̃ del quinto: cui enim potuit adimere, & non ademit, sponte sua dedisse videtur, l. 1. §. sciendũ. ff. de leg. 3. Carlebal. lib. 1. titu. 3. disput. 25. n. 16. Quod procedit ex regu. iuris, quod potui nolui, quod volui adimplere nequivi, de qua Cácer. variar. c. 14. nu. 104. tom. 1.

Y obsta

18 Y obsta menos el dezir, que aviendo consentido el dicho Don Bartolome Tamariz, el testamento de la dicha su madre, como lo consintio, y jurado de no lo contrauenir al tiempo de su otorgamiento, no puede impedir su cumplimiento quantoquiera que en el se halle grauado. Rodrigo Suarez in dict. l. quoniam in prioribus, ampliat. 10. nu. 52.

19 Porque se responde con el mesmo Auctor, vbi supra nu. 40. ibi: *Limita quando consensus esset spontaneus, & deliberatus, aliàs non præiudecaret filio*. Si este consentimiento le huuiera fecho por miedo actual, o reuerencial. l. pen. in fine. ff. de fort. Bald. in l. pactum quod dotale, num. 1. C. de collat. Surd. consi. 513. num. 27. Menoch. consi. 1073. num. 3. lib. 11. Videndus in puncto Vicenc. Honded. consi. 29. volum. 1.

20 Aunque el dicho consentimiento sea jurado, quia licet dicta testaméti approbatio fuisset iurata, ab ea recedi potest, saltim obtenta absolutione, authent. sacramenta puberum l. si aduers. vendit. vbi Bart. Bald. Paul. & communiter scribentes, Afflict. decis. 263. Roland. Valle consi. 2. num. 76. lib. 1. Seraphi. in tract. de privil. iuram. priuil. 110. Cephal. consi. 207. num. 72. ex multis Hondedeo dict. cons. 29. nu. 18. in pũcto Gutierrez videndus consi. 16. per totum.

21 Lo qual procede tanto mas siendo el dicho Don Bartolome Tamariz menor, qui de facile se ducitur. l. 1. in prin. ff. de minor. Alciat. de præsumpt. regul. 1. præsumpt. 42. y por auer consentido que le grauassen su legitima, y que dispusiesse la dicha su madre, demas de lo que pudo. In puncto Honded. consi. 29. n. 32.

22 El qual miedo se prueba por la protestacion que antes de prestar el dicho consentimiento hizo el dicho Don Bartolome Tamariz, aunque fuesse en ausencia de la dicha su madre, glos. in cap. 1. & ibi DD. de his quæ vim. Parlad. Bald. & Imol. in l. qui in alien. §. fin. ff. de acquir. hæredit. Natta. cons. 451. num. 22. lib. 2. tanto mas el reuerencial con causa Farinacio 2. p. fracment. litera M. num. 193. & 194.

23 Y por la euidencia del hecho deste pleyto, por el qual cõsta que su madre le avia desheredado por las causas que expressò, y por euitar la infamia dellas, y la perdida de su hazienda, o el pleyto que dello se le podia recrecer (cuyo fin

 es

es dudoso) prestò el dicho consentimiento contra toda su voluntad, por las causas referidas, bastátes para atemorizar a vn constante varon, y hombre muy prudente, cap. cum delictus, & in capit. 2. extra quod metus cauf. l. advocati, & ibi glos. C. de advocatis diversor. iud. notant DD. in l. interpositas. C. de transáct. Couarrub. in 4. decret. 2. part. cap. 3. §. 4. num. 18. Gutierrez de iuram. cófir. 1. p. cap. 57. num. 20. ex multis Thomas Sanchez de matrim. lib. 4. disp. 5. num. 22. Farinacio 2. p. fracment. litera M. num. 89. y 90.

24 Y en qualquier acontecimiento, aunque solo le mouiera el miedo reuerencial, y escusar la indignacion de su madre (y no el daño de verse desheredado e infamado) sintiendo tan graue daño, como es auer consentido que se le grauasse toda su legitima, y q̃ la dicha su madre dispusiesse de parte della, era bastante para que el dicho consentimiento y aprobacion se rescindiesse. Aretin. consi. 24. Paulo de Castro consi. 174. lib. 1. Crav. consi. 11. n. 12. lib. 1. consi. 889. nu. 2. lib. 5. Ruinus consi. 98. num. 24. lib. 1. Cephal. cósi. 62. nu. 29. Hypolit. Reminald consi. 295. num. 74. lib. 3. Cobar. lib. 4. decretal. cap. 3. § 6. num. 4. Pancirol. consi. 44. num. 29. Menoch. consi. 1. num. 493. affirmans non requiri concursum minarũ & læsionũ ad ostendendum metum, & rescisionem contractus, sed satis esse cum reuerentia paterna concurrere, vel læsionem, vel minas. In puncto vidend. Hōded. dicto consi. 29. num. 42. & Thomas Sanchez dict. disposit. 6. lib. 4. num. 15. Farinac. vbi proximè num. 130. Cabreros de metu lib. 2. cap. 13 à num. 48. Molina de primog. lib. 2. cap. 3. num. 12. & eius additionator ex multis.

25 De que se sigue no embaraçar la pretension del dicho dō Bartolome Tamariz, ni justificar el testamento de la dicha su madre su consentimiento y juramento, y obligacion, porque todo ello fue ninguno, o se debe rescindir por el miedo actual, o reuerecial que tuuo, o daño enormissimo que de ello le resulta siendo menor, teniendo como tiene relaxacion del juramento que hizo. In pũcto videndus Gutierrez consi. 16. per totum.

26 Contra lo qual no obstaria dezir que fue transaccion que hizieron entre madre y hijo porque no le desheredara.

Por

27 Porque se responde, que esto seria vn hecho que se finge y no se prueba, porque de hoc nullum verbum est en el testamento de la dicha su madre.

28 Pero quando se probara, adhuc procede lo que vamos diziendo, porque ex dict. l. 3. tit. 7. p. 6 este no es caso que admite transaccion, ni modo, ni condicion, sino que se ha de hazer expressando las causas de toda la herencia, y no de parte de ella.

29 Y siendo hecha por miedo, tambien seria ninguna, l. interpositas 13. C. de transact. aunque fuera reuerencial. Cabreros de metu lib. 2. cap. 18. num. 49. Et hoc de primo Articulo.

ARTICVLO SEGVNDO,

Conclusion segunda.

30 La segunda conclusion, de que se deben admitir las defensas, que à hecho el dicho D. Bartolome Tamariz para impedir el remate y pago que la otra parte pretende, nos toca aueriguar en este Articulo.

31 Y que se le deban admitir recibiendo este pleyto y causa a prueba, que es el Articulo reseruado, o mandar que se liquide el quinto, es cosa constante.

32 Lo primero, porque la excepcion de fuerza conforme a la ley Real, que es la primera del titulo 21 lib. 4. Recop. ibi: *o excepcion de vsura, o temor, o fuerza*, se admite en la via executiva para impedir el remate.

33 Lo segundo, porque tambien se debe admitir, para impedir el remate la excepcion de restitucion. Farinacio decis. 111. Rotæ Romanæ tom. 1. num. 8. Cesar de Gratiis decis. 4. de causa possessionis & proprietatis: tanto mas siendo por menor edad. Parlad. rerum quotidianarum cap. fi. §. 11. 5. p. num. 53.

34 Lo tercero, porque tambien se debe admitir la excepciõ de diuision regularmente. Parlador vbi supra num. 45. y en los terminos de nuestro caso, quando el heredero alega que el legado que se le pide excede de el quinto, de que pudo disponer el testador, lo prueba, y resuelve Iuan Gutierrez de iuramen-

ramento confirmatorio, 1. parte cap. 1. a num. 25. el qual dize que a el legatario toca y no al heredero, probar que el legado q̃ pide no excede del quinto, y auer practicado por euitar pleytos, en vno que se traxeron a sentenciar, que para mejor proveer, se hiziera liquidacion de el quinto en vn breue termino, y que para ello las partes nombrassen Apreciadores y Contadores.

35 Lo qual tanto mas se debe mandar en este pleyto, por estar vulnerada la via executiua y averse recebido a prueba en via ordinaria en esta Real Audiencia en la primera instancia. Don Christoval de Paz de tenuta cap. 22. num. 3. ibi: *Nam quoties termini præstituti ad viam executiuam non seruantur causa executiua fit ordinaria, ex traditis à Maranta vbi supra. Curtio in addit. ad Alex. in l. vinũ sub nu. 21. ff. si certum pet. pro quibus est text. in Clement. sæpe de verbor. signifi. vbi glos. quam allegat Romanus consi. 133. num. 1. Angel in §. omnium, inst. de actio. Antonio Canar. in tract. de execut. inst. quæst. 33. Gregor. in. l. 19. titu. 2. p. 3. Auiles in cap. pretо. cap. 10. verb. execucion num. 2.*

36 O se debe recebir a prueba nueuamente, por no auerla secho el dicho Don Bartolome Tamariz, en orden a que este legado excede del quinto en la primera, ni en la segunda instancia. l. per hanc 4. de temporibus, & reparationibus appellationum §. sed si qua, ibi: *Sed & si qua dicta quidem allegatio monstrabitur, vel instrumentum aliquod prolatum, probationes tamen illo quidem defuerunt tempore, verum apud sacros cognitores sine procrastinatione præberi poterunt, ibi quoque eos admittere quo exercitatis iam negotiis pleniore subveniatur veritatis lumine.* Azebedo in l. 4. titu. 9. lib. 4. Recop. el qual dize que se debe hazer assi, aunque maliciosamente se aya dexado passar el termino sin hazer probança en la instancia passada, ne via probationis præcludatur, ne quis cum aliena iactura locupletetur. vbi supra num. 14.

37 Y por estas razones quiza se debio de recebir a prueba cō termino ordinario en la instancia de Vista, y por las mismas se debe recebir en esta vltima, para que en ella se haga la dicha liquidacion de el quinto que hasta aora no se à hecho, pues el termino probatorio no solo es y sirve para que en él solamente se haga probāça de testigos, sino de otro qualquier

quier genero.l.in exercendis.C.de fide instrumentorũ.Evitando otro nuevo pleyto, que serà forçoso para hazer la dicha liquidacion, y repetir de los legatarios lo que huuieren cobrado demas del quinto, como expressamente està mandado por la ley 52.l.2.tit.5.de la Recopilacion.Escobàr de ratiociniis cap. 33.num.25.

38 Y quando esto no huuiera lugar, que si debe, conforme à todo lo que se ha dicho, era justo y aun precisso que se confirmasse la sentēcia del Acompañado, en que mandò hazer remate con otra fiança de mas de la de la ley de Toledo, de q̃ volveria la parte que executa lo que huuiesse lleuado demas, constando que los legados que la dicha testadora hizo, exceden del quinto de sus bienes, reservandole su derecho a salvo al dicho Don Bartolome Tamariz, para que lo pudiesse pedir en via ordinaria, porque el actor executante no dixesse le obstaua la excepcion de cosa juzgada, para que no le pudiesse mouer nuevo pleyto en esta repeticion, ni repetir parte alguna de lo cobrado, porque sin embargo de las alegaciones le mandaron pagar enteramēte en este pleyto; en el qual fuit plene cognitum, recibiendole a prueba, aunq̃ executivo: como infaliblemente lo dirà con muy buē fundamento Dominus D.Ioan.del Castillo tom.5.capit. 104. Salgado 4.parte cap.7 lo qual es justo evitar, como se euitarà con la dicha reserva Salgado vbi supra num.104.

38 De todo lo qual se sigue ser justa la pretension del dicho Bartolome Tamariz, de que este pleyto se reciba a prueba, o mande hazer la dicha liquidacion del quinto, con citaciō de los legatarios, para que solamente pague la cantidad q̃ en el cupiere, y no mas, por no averle podido la dicha su madre gravar su legitima, y ser ninguno, o deberse rescindir el consentimiento, y obligacion que hizo de cumplir su testamento, como se à probado en este papel. Y assi lo espera; Salvo, &c.

Doctor Bernal Carrillo.